

O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

SUMÁRIO: 1. Explicação necessária. 2. Apresentação do tema. 3. *Ne bis in idem* no âmbito (nacional) interno. 4. O *ne bis in idem* quanto à "concorrência nacional horizontal." 5. *Ne bis in idem* no que tange à "concorrência vertical nacional-supranacional." 6. *Ne bis in idem* no âmbito da "concorrência inter (supra) nacional horizontal." 7. Questões finais. 8. Anexo

1. Explicação necessária

A *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), que em seu campo de estudo, consiste na mais importante associação científica em todo o mundo, realiza o seu congresso internacional a cada cinco anos. O último, o XVII Congresso Internacional de Direito Penal, ocorreu entre os dias 12 e 19 de setembro de 2004, em Pequim/China.

Segundo a estrutura da AIDP, o congresso se divide em quatro seções temáticas, respectivamente: parte geral do direito penal; parte especial do direito penal; direito processual penal; e direito penal internacional. No XVII Congresso Internacional de Direito Penal, a Seção IV tratou do tema objeto do presente artigo.

A metodologia proposta nos eventos da Associação pressupõe que os diversos Grupos Nacionais que a integram indiquem relatores para cada uma das seções temáticas, que deverão demonstrar, a partir de um questionário elaborado pelo

* Professor do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Professor Adjunto de Direito Penal da UERJ, da UFRJ e da Universidade Veiga de Almeida, e Secretário Geral Adjunto da *Association Internationale de Droit Pénal*.

relator geral da Seção, a situação do direito em seu Estado nacional, referente ao tema em debate.

O presente trabalho consiste em uma apresentação do tema, no relatório do Grupo Brasileiro sobre o tema do *ne bis in idem*, e que foi submetido à AIDP,¹ e, ao fim, em anexo, as conclusões a que se chegou e que serão submetidas à Assembléia Geral das Nações Unidas, de que a Associação é órgão consultivo em matéria penal.

2. Apresentação do tema

A concorrência entre as jurisdições penais, que ordinariamente tem sido tratada como assunto doméstico, tem se tornado um assunto de cunho transnacional, seja por força da mobilidade dos indivíduos no mundo globalizado, seja pela emergência de novas instituições penais internacionais, ou, ainda, pela extensão da competência nacional a crimes cometidos no exterior.²

De uma maneira, na esfera interna, as regras de resolução dessa espécie de conflito se encontram estabelecidas. No que se refere a relações de direito internacional, todavia, tem apresentado diversos problemas, entre outras razões, por força do princípio da soberania estatal.

Diferentemente, o XVI Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP, na resolução B.4, da Seção IV, seja no que se refere a um marco internacional ou

¹ O relatório brasileiro foi elaborado pelo autor do presente artigo e por Ana Luiza Barbosa de Sá, já publicado pela AIDP (JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; BARBOSA DE SA, Ana Luiza. *Competências criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio del ne bis in idem*. *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 73.º ano, 3.º e 4.º trimestre, 2004. p. 849-864).

² DE LA CUESTA, José Luis. *Competências criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio del ne bis in idem: relación general*. *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 73.º ano 3.º e 4.º trimestre, 2004. p. 737-769.

transnacional, deveria ser contemplado como um direito humano.³

O tema despertou tanto interesse que foram apresentados relatórios dos seguintes países: Alemanha, Argélia, Áustria, Bélgica, China, Finlândia, Eslovênia, Espanha, França, Grécia, Guiné, Indonésia, Itália, Japão, Holanda, Polônia, Rússia e Turquia, além de informes adicionais, um sob o prisma internacional e outro do ponto de vista europeu.⁴ Além disso, foi apresentada uma proposta específica que foi desenvolvida no prestigioso Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Freiburg im Breisgau, Alemanha.⁵

Assim, concluiu-se que, a partir de uma perspectiva internacional e transnacional, o problema do *ne bis in idem* deveria ser apresentado em três aspectos, a saber:

1) a concorrência “horizontal (trans)nacional:” casos de concorrência entre jurisdições nacionais;

2) a “concorrência vertical:” concorrência entre jurisdições nacionais e instituições internacionais competentes;

3) os casos de concorrência entre jurisdições internacionais: “concorrência horizontal inter (supra) nacional”, devido à existência de tribunais penais internacionais *ad hoc*, como o para a antiga Iugoslávia e o para Ruanda, e a criação do Tribunal Penal Internacional permanente.

Foi a partir desses três aspectos, que se desenvolveu o relatório brasileiro, bem como foram estruturadas as conclusões do Congresso em Pequim, e que será apresentado o presente trabalho.

³ ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL. *XV Congrès International de Droit Penal, Budapest 5-11 Septembre 1999, Actes du Congrès*. Budapest: MTA, 2000. p. 260.

⁴ DE LA CUESTA. Op. cit., nota 2, p. 738.

⁵ BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, 2003.

3. *Ne bis in idem* no âmbito (nacional) interno

Apesar de o princípio do *bis in idem* não estar previsto em nenhum diploma legal interno sob esta denominação específica, sendo basicamente uma construção doutrinária, existem diversos dispositivos nos quais é possível observar sua influência.

Com efeito, há repercussões nas regras atinentes à aplicação da lei penal brasileira no espaço⁶ e na Lei nº 6.815/80⁷ (Estatuto do Estrangeiro), podendo também ser observada sua aceitação nas disposições sobre individualização da pena⁸ (art. 59 e seguintes do Código Penal), assim como em construções doutrinárias, como as concernentes ao concurso aparente de normas.

Além disso, também se encontram referências ao princípio no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 8º, item 4;⁹ no art. 9º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal¹⁰ (firmada pelo Brasil em 01/07/1994); art. VII, item 1, da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças

⁶ Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) §2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (...) d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena. Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

⁷ Art. 77 - Não se concederá a extradição quando: (...) V – o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido.

⁸ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.

⁹ Art. 8º - item 4 - O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

¹⁰ Art. 9º- Recusa de Assistência. O Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião: a) o pedido de assistência for usado com o objetivo de julgar uma pessoa por um delito pelo qual essa pessoa já tiver sido previamente condenada ou absolvida num processo no Estado requerente ou requerido.

Penais no Exterior;¹¹ e, finalmente, no art. 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002.¹²

Seu fundamento reside na necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal, considerando o caráter repressivo do Direito Penal, assim como na idéia de que a cada indivíduo será aplicada a sanção correspondente e suficiente para os seus atos (princípio da proporcionalidade).

No direito brasileiro, na expressão em exame, *idem* é entendido como o mesmo fato, em termos reais e históricos. Sua relevância, pois, decorre da análise factual e não estritamente jurídica. Entende-se, a título ilustrativo, que um indivíduo, absolvido por uma conduta dolosa, não poderá ser novamente julgado, pelo mesmo fato, por se alegar comportamento culposos.

Diferentemente, há julgado exarado pelo Supremo Tribunal Federal, que estabelece distinção entre fato real e fato juridicamente considerado.¹³ Em julgamento

¹¹ Artigo VII - Direitos da Pessoa Sentenciada Transferida e Forma de Cumprimento da Sentença. 1. A pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador.

¹² Art. 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n.º 64.158/MG, 1ª Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer, julgado em 07.11.1986, RTJ 120, p. 117 *et seq.*

realizado pelo Tribunal do Júri do estado de Minas Gerais, um indivíduo foi absolvido, ocorrendo trânsito em julgado, da acusação de ter praticado homicídio como autor imediato. Contudo, o Ministério Público, não satisfeito, ofereceu nova denúncia, agora lhe imputando a conduta de autor intelectual do mesmo fato, o que foi aceito em segunda instância. Impetrado *habeas corpus* perante a Corte máxima do Judiciário brasileiro, entendeu-se que o fato principal não seria exatamente o mesmo, uma vez que a primeira sentença se ateve à análise do agente com conduta diversa da posteriormente apreciada.

Destarte, o art. 110, §2º combinado com os arts. 383 e 384, todos do Código de Processo Penal, deixam transparecer a prevalência do fato em seu sentido real para efeito de análise, em detrimento de uma mera apreciação no significado jurídico-penal. Com efeito, o julgador não está adstrito à qualificação jurídica ofertada pelo membro do Ministério Público, tendo a possibilidade de realizar a análise do fato sob ótica diversa. Em outras palavras, vige a noção de que *da me factum (...) ius*.

De especial importância também se reveste a análise efetuada pelas regras concernentes ao conflito aparente de normas, no campo doutrinário, por meio dos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. Desta forma, o indivíduo só poderá ser apenado pela prática de dois ilícitos, idênticos ou diversos, quando, mediante uma única conduta, der ensejo a mais de um resultado típico, como nas hipóteses de concurso formal de crimes.

Outrossim, um problema que também se coloca é o da aplicação do princípio entre os diferentes juízos existentes.

Em verdade, o Judiciário brasileiro é uno, havendo apenas repartição das competências entre os diversos magistrados, como uma forma de conferir maior especialização às matérias a serem apreciadas.

Assim, há delitos cuja competência para julgamento pertence ao âmbito da Justiça Federal, seja a chamada

Justiça “comum”, a quem compete apreciar as matérias taxativamente previstas na Constituição Federal, sejam as Justiças “especializadas”, assim consideradas as das Forças Armadas e a Eleitoral. Os demais crimes, não pertencentes ao rol constitucional, competem à Justiça Estadual.

No que tange aos Tribunais Superiores, impõe-se também uma distinção das competências. Para a Justiça Federal “comum” e Justiça Estadual, as duas Cortes Supremas, denominadas Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, são passíveis de conhecer recursos ou *habeas corpus* delas provenientes. Atente-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal constitui-se na instância máxima do Judiciário brasileiro.

Por outro lado, em seara das Justiças “especializadas”, observa-se a criação de Tribunais Superiores próprios, o que, como já dito, se justifica pela especificidade das matérias em discussão. Assim, as Forças Armadas possuem um Superior Tribunal Militar, enquanto, no âmbito eleitoral, instituiu-se o Tribunal Superior Eleitoral. Todavia, ambos se encontram sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Em assim sendo, se o mesmo fato, aparentemente, caracterizar crime no âmbito de matérias diversas, entre juízes penais com especializações distintas, deverão ser analisadas as especificidades da conduta praticada, tanto no aspecto objetivo quanto subjetivo, para que se determine qual a Justiça competente.

Conseqüentemente, crimes militares delitos por militar, na forma do art. 9º do Código Penal Militar, serão de competência exclusiva das Forças Armadas para julgamento, ainda que haja tipos penais correspondentes na legislação criminal comum. O mesmo se diga para a Justiça Eleitoral e Justiça Comum Federal, impedindo-se, portanto, o *bis in idem*.

Por outro lado, entre juízes com competência penal e outros, com competência cível ou administrativa, o

referido princípio não terá aplicação, vez que se considera que as disciplinas jurídicas são independentes entre si.

Essa observação pode ser constatada através do estudo dos chamados delitos econômicos, onde a punição penal praticamente pressupõe a realização de uma conduta típica administrativa ou civil. Logo, desde que haja previsão legal, um indivíduo, pela prática da mesma conduta, pode receber uma penalidade administrativa, bem como uma sanção penal.

Em matéria penal, por seu turno, ocorrendo conflito de competência entre juízes estaduais e federais, que tenham apreciado a mesma questão, não poderá ser novamente imposta uma sanção àquele que já tenha sido julgado, pela prática do mesmo fato, por uma dessas Justiças.

Por conta disso, decisões condenatórias, sejam elas, por exemplo, penais, civis ou administrativas, proíbem nova condenação de mesma natureza pelo mesmo fato. No máximo, poderão servir de indicativo para a apreciação da matéria por juízes de competências diversas. É o que ocorre entre os juízes cível e penal, onde o primeiro faz uso da instrução realizada pelo segundo para embasar suas decisões. Ressalte-se, no entanto, que o oposto não ocorre, pois, em razão da busca da verdade real, que rege o processo penal, o juiz criminal está obrigado a colher a prova integralmente, independente de decisão em outra esfera.

Também as decisões absolutórias penais podem ser utilizadas para fornecer maiores dados ao campo cível e administrativo, impedindo ou não a persecução em seus respectivos âmbitos, além de possibilitar a futura instauração de novo processo penal. Para tanto, fundamentais serão as razões invocadas para a absolvição do acusado, o que terá como base uma das hipóteses do art. 386 do Código de Processo Penal.

Destarte, no caso das chamadas absolvições impróprias, o juiz proferirá uma sentença meramente

processual, que se revestirá tão-somente da coisa julgada formal. Logo, o processo originário será extinto, mas o indivíduo ainda poderá se ver processar, em outros autos, pelos mesmos fatos. Por óbvio, serão necessários novos fundamentos (nova justa causa) a embasar a instauração de um segundo processo, do qual o primeiro servirá apenas como referência.

Quanto à atuação do Ministério Público, este funciona como *custos legis* em todas as fases do processo. Todavia, o juiz não está adstrito a suas opiniões, devendo ele próprio realizar um juízo de admissibilidade de nova imputação penal pelos mesmos fatos. Assim, havendo oferecimento de nova denúncia, caberá exclusivamente à autoridade judicial decidir quanto ao recebimento da mesma.

Já nos casos em que o processo penal for extinto com uma decisão condenatória, não há necessidade da efetiva execução da sentença para invocar o princípio, que será reconhecido com o mero trânsito em julgado da decisão.

Seguindo essa lógica, são as hipóteses de suspensão condicional da pena. Nela o indivíduo será submetido apenas a um período de prova, onde precisará respeitar algumas condições para não ter sua sentença executada. Houve a condenação, mas devido a circunstâncias específicas do fato praticado e características pessoais do agente, autoriza-se a imposição de sanção menos gravosa.

Ainda no tocante às decisões condenatórias, afeiçoa-se possível desconstituir uma sentença penal já transitada em julgado, desde que haja o intuito de beneficiar o réu e jamais o inverso. Assim, há previsão legal específica acerca das chamadas revisões criminais, consubstanciadas em ações autônomas de impugnação, exclusivas da defesa, cabíveis nas situações previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, sendo elas: sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei

penal ou à evidência dos autos; sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; após ter sido proferida a sentença, caso sejam descobertas novas provas de inocência do condenado, ou circunstância que determine ou autoriza diminuição especial da pena.

4. O ne bis in idem quanto à “concorrência nacional horizontal”

Analizando agora a aplicação do direito brasileiro aos fatos cometidos no estrangeiro, de início, insta ressaltar que o princípio reitor do ordenamento jurídico nacional é o da territorialidade, sendo a aplicação extraterritorial da lei uma exceção.

É certo que a aplicação indiscriminada da lei penal nacional em âmbito externo se apresenta de modo taxativo, cabendo apenas nas hipóteses consideradas de extraterritorialidade incondicionada, prevista no art. 7º, inciso I, parágrafo 1º, do Código Penal,¹⁴ e, por óbvio, nas de territorialidade, tomando como fundamento o art. 5º, combinado com o art. 6º, ambos do Código Penal.¹⁵

¹⁴ BRASIL, Código Penal. Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes: a) contra a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (...) §1º. Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

¹⁵ BRASIL, Código Penal. Art. 5º: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. §1º. Para efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações ou aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. §2º. É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.”

De toda forma, a hipótese mais corrente é a dos crimes cuja aplicação extraterritorial da lei penal nacional ocorre de forma condicionada, sendo imprescindível a existência cumulativa de determinados requisitos para legitimar a intervenção estatal brasileira, conforme disposto no art. 7º, inciso II, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

Em âmbito transnacional, pode-se observar a presença do princípio nas disposições referentes à aplicação da lei penal brasileira, conforme leitura do art. 7º, parágrafo 2º, alínea d, e art. 8º, ambos do Código Penal, assim como através da Lei nº 6.815/80, na parte atinente à extradição (art. 76 e seguintes), art. 8º, item 4 do Decreto nº 678/1992 (implementa a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos), art. 9º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal¹⁶ (firmada pelo Brasil em 01/07/1994), art. VII, item 1 da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior¹⁷ e, finalmente, no art. 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002.¹⁸

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

¹⁶ Art. 9º - Recusa de Assistência. O Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião: a) o pedido de assistência for usado com o objetivo de julgar uma pessoa por um delito pelo qual essa pessoa já tiver sido previamente condenada ou absolvida num processo no Estado requerente ou requerido;

¹⁷ Artigo VII - Direitos da Pessoa Sentenciada Transferida e Forma de Cumprimento da Sentença 1. A pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador.

¹⁸ Art. 20 - *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Quaisquer outras regras que porventura venham a ser adotadas por meio de acordo internacional, do qual o Brasil seja signatário, em princípio, receberão em nosso ordenamento o mesmo tratamento reservado às leis ordinárias (teoria monista moderada), estando em nível abaixo da Constituição Federal. Assim, não se poderá falar em qualquer tipo de prioridade das regras internacionais, com exceção do fator tempo.

Contudo, insta fazer uma diferenciação no que tange aos tratados de direitos humanos, nos quais acredita-se inserir as disposições relativas ao *ne bis in idem*. Em verdade, o art. 5º, §2º da Constituição Federal, ao conferir *status* constitucional aquela espécie de tratado, possibilitou a incorporação automática dos mesmos, afastando a necessidade de ato com força de lei por parte do Poder Legislativo. Assim sendo, os direitos neles incorporados teriam aplicação imediata, conforme dispõe o §1º do art. 5º da Constituição, e suas normas estariam acima de meras leis ordinárias internas.

De qualquer forma, o confronto em âmbito interestatal deverá levar em conta o fato real. Havendo identidade parcial, e não sendo caso de aplicação incondicionada da lei brasileira, esta só poderá alcançar aqueles fatos que não foram objeto de apreciação pela jurisdição de outro país, e constituam crime autônomo aqui.

Além disso, busca-se, via de regra, aplicar-se a lei que for mais favorável ao réu. Se o indivíduo foi absolvido, ainda que por causas processuais, por outro país, não poderá responder a outro processo aqui pelos mesmos fatos. Disto irá independar a qualificação jurídica que cada país adote. O que deve ser objeto de análise é a identidade dos fatos em si, concretamente considerados, ainda que um Estado considere o crime como consumado e a lei penal brasileira o tenha como tentado.

Ressalta-se apenas aquelas hipóteses de territorialidade ou extraterritorialidade com aplicação incondicionada do direito nacional. Para a primeira, será

levado em consideração exclusivamente o local em que o delito foi perpetrado, abrangendo os crimes praticados a bordo de embarcações ou aeronaves brasileiras de natureza pública, ou de embarcações ou aeronaves estrangeiras, de natureza privada, que se encontrem em território brasileiro ou no espaço aéreo correspondente.

Para a segunda, observa-se a lista exposta no art. 7º, inciso I, do Código Penal. Aí, o primordial será o bem jurídico atingido, de caráter eminentemente público, com exceção dos casos da prática de crime de genocídio por agente brasileiro ou domiciliado no Brasil.

Ainda sobre a extraterritorialidade da lei penal brasileira, apresenta-se também de especial relevância a posição do autor dentro do Estado. Assim, funcionários da Administração Pública são taxativamente alcançados desde que cometam crimes contra a Administração a quem estão a serviço.

Por outro lado, uma sentença penal estrangeira, para surtir efeitos no Brasil, não está adstrita a maiores formalidades. É o que se depreende da leitura do art. 42¹⁹ (relativo à detração penal), art. 63²⁰ (reincidência) e art. 7º, §2º, alíneas d e e,²¹ todos do Código Penal, apresentando-se suficiente a prova inequívoca da sentença.

¹⁹ BRASIL, Código Penal. Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

²⁰ BRASIL, Código Penal. Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

²¹ BRASIL, Código Penal. Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) §2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (...) d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Entretanto, como uma expressão do princípio da soberania, faz-se necessária a homologação da sentença por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange aos casos enumerados no art. 9º do Código Penal,²² conforme previsão do art. 787 do Código de Processo Penal,²³ de modo a possibilitar a persecução dos efeitos civis da decisão, ou sujeitar o réu à medida de segurança.²⁴

Ademais, o *bis in idem* somente será considerado, em nossos Tribunais Penais, quando a decisão estrangeira provier também de um Tribunal Penal. Caso haja a previsão de alguma penalidade administrativa, ou de instauração de procedimento disciplinar, entende-se que as instâncias seriam independentes.

Ao mesmo tempo, para efeito de *bis in idem*, a lei não faz diferença quanto a espécie de sanção aplicada no estrangeiro, ou o fundamento da absolvição. Não cabe ao intérprete restringir onde a norma não restringe. Por óbvio, isso só será observado para aqueles crimes em que a aplicação da lei penal brasileira se dê mediante determinadas condições. Nos demais casos, como já afirmado acima, a lei será aplicada incondicionalmente.

Com efeito, a espécie de sanção aplicada no estrangeiro apenas terá importância para efeito de atenuação da pena a ser eventualmente imposta pela autoridade judiciária brasileira, conforme disposto no art. 8º do Código Penal.

²² BRASIL, Código Penal. Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeita-lo a medida de segurança.

²³ BRASIL, Código Penal. Art. 787 - As sentenças estrangeiras deverão ser previamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal para que produzam os efeitos do art. 7º do Código Penal. (remissão para antiga parte geral do Código Penal, atualmente art. 9º).

²⁴ Ver também Decreto nº 2.411 de 02/12/1997, que promulgou a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros.

De qualquer forma, para que um processo estrangeiro possa influir em âmbito nacional, será necessário que tenha produzido uma sentença transitada em julgado. A homologação dessa sentença apenas será necessária para os fins previstos no art. 9º do Código Penal. Para os demais casos, basta a efetiva demonstração do trânsito em julgado, o que impedirá a instauração ou continuação de um processo, no Brasil, pelos mesmos fatos. A exceção fica por conta dos casos previstos no art. 7º, inciso I, parágrafo 1º do Código Penal.

No tocante à aplicação transnacional do *bis in idem*, proíbe-se inclusive a instauração de novo processo, e não somente que seja proferida uma nova condenação. Logo, não será possível sequer a realização de nova instrução criminal para apurar os mesmos fatos.

Mas, para que um processo instaurado no estrangeiro possa impedir a aplicação da lei brasileira, deve o mesmo já ter terminado, possuindo uma sentença final transitada em julgado. Não há necessidade de ter se iniciado a fase de execução, bastando que haja uma condenação ou absolvição inequívoca.

A efetiva execução da sentença estrangeira apenas poderá influir para fins do art. 8º do Código Penal, que dispõe sobre a possibilidade de compensação entre a pena imposta no estrangeiro e a outra, a ser eventualmente imposta no Brasil.

Quanto aos casos de extinção da punibilidade, há previsão legal no sentido de impedir-se a aplicação da lei brasileira a fatos ocorridos no estrangeiro quando o agente for perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (art. 7º, parágrafo 2º, alínea e, do Código Penal). Assim, ocorrendo a prescrição, remissão de pena, ou outra qualquer causa de extinção da punibilidade, que

venha a beneficiar o réu no âmbito externo, o Brasil não poderá aplicar sua lei penal, visto que o indivíduo já foi julgado por aquele fato e o Judiciário estrangeiro impôs a sanção que considerou mais adequada.

Apenas se houver nova justa causa, consubstanciada no aparecimento de novas provas, autoriza-se a instauração de novo processo para analisar os mesmos fatos, mas agora sob uma óptica renovada.

Por força com o art. 77, inciso V da Lei nº 6.815/80, no que tange à extradição, não será concedida quando o extraditando estiver, também, a responder a processo no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido. Contudo, tal impedimento poderá ser afastado de acordo com o art. 90 da mesma lei: "o Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção". Dessa maneira, o legislador parece ter considerado que a sanção imposta por conta da prática de contravenção não seria gravosa o suficiente para o indivíduo, permitindo-se novo julgamento no estrangeiro, o que configuraria uma violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Além disso, o Brasil só concederá extradição para aqueles países com os quais haja tratado nesse sentido, ou que tenham se comprometido com uma futura reciprocidade.

De qualquer forma, a concessão de extradição pressupõe um processo, o qual será julgado perante o Supremo Tribunal Federal (art. 83 da Lei nº 6.815/80). Não significa que o Tribunal julgará o crime pelo qual o indivíduo é acusado, mas sim se estão presentes os pressupostos legais para conceder a medida. Sendo negado o pedido de extradição, o Brasil não admitirá novo requerimento nesse sentido com base nos mesmos fatos (art. 88 da Lei nº 6.815/80).

Ocorrendo hipótese na qual haja a requisição, de uma mesma pessoa, por mais de um Estado, pela prática de um mesmo fato, o art. 79 da Lei nº 6.815/80, estabelece

ter preferência o pedido daquele em que a infração foi cometida, salvo se houver algum tratado dispondo nesse sentido. Ademais, o Estado que receber o extraditando deve se comprometer a não entregá-lo a um terceiro, sem o consentimento do Brasil (art. 91, IV da Lei nº 6.815/80).

5. *Ne bis in idem* no que tange à “concorrência vertical nacional-supranacional”

Quando do surgimento dos Tribunais *ad hoc* para Ruanda (1994) e ex-Iugoslávia (1993), o Brasil pertencia ao Conselho de Segurança da ONU como membro não permanente. De qualquer forma, considerando que tais Cortes foram criadas através de uma resolução do Conselho de Segurança, a adesão às mesmas se deu em caráter obrigatório, conforme estatui o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas,²⁵ referente à ação relativa à paz, ruptura da paz e atos de agressão.

²⁵ Art. 39 - O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. (...) Art. 43 - 1. Todos os Membros das Nações Unidas, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais, se comprometem a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e de conformidade com o acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais. 2. Tal acordo ou tais acordos determinarão o número e tipo das forças, seu grau de preparação e sua localização geral, bem como a natureza das facilidades e da assistência a serem proporcionadas. 3. O acordo ou acordos serão negociados o mais cedo possível, por iniciativa do Conselho de Segurança. Serão concluídos entre o Conselho de Segurança e Membros da Organização ou entre o Conselho de Segurança e grupos de Membros e submetidos à ratificação, pelos Estados signatários, de conformidade com seus respectivos processos constitucionais. (...) Art. 48 - 1. A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os Membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança. 2. Essas decisões serão executas pelos Membros das Nações Unidas diretamente e, por seu intermédio, nos organismos internacionais apropriados de que façam parte. Art. 49 - Os Membros das Nações Unidas prestar-se-ão assistência mútua para a execução das medidas determinadas pelo Conselho de Segurança.

Assim, podem ser encontrados, na legislação brasileira, atos de cooperação internacional hábeis a auxiliar no combate às infrações penais cometidas nos locais em que as Cortes Internacionais exercem sua jurisdição, como a proibição de exportação de armamentos para a ex-Iugoslávia.²⁶

Entretanto, uma vez que os Tribunais supra citados possuíam jurisdição e características inerentes à situação que autorizou seu estabelecimento, o Brasil ressaltou a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente e imparcial, independente de marcos eventuais e capaz de contribuir para a realização de uma justiça universal, apreciando condutas praticadas em qualquer território.

Desta forma, em 25 de setembro de 2002, o Decreto n.º 4.388 promulgou o Estatuto da Corte Criminal Internacional no Brasil, que se comprometeu a executá-lo fielmente.

Contudo, algumas questões foram levantadas sobre a completa aplicação do Estatuto no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, argumentou-se pela impossibilidade de adesão ao Estatuto em virtude da própria Constituição da República. Em verdade, dois dos principais óbices apontados foram a instituição da pena de prisão perpétua (art. 77 do Estatuto), e a possibilidade de entrega de nacionais para julgamento pelo Tribunal, situações, em princípio, expressamente vedadas por nossa Carta Constitucional.²⁷

²⁶ BRASIL, Decreto nº 2.575/1998: "Art 1º Fica proibida a exportação para a República Federal da Iugoslávia de armamento e material correlato, incluindo armas e munições, veículos militares, assim como peças de reposição para o material acima mencionado, ainda que não produzido no Brasil."

²⁷ BRASIL, Constituição Federal (1988). Art. 5º "(...) XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo; (...) LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;"

Quanto à primeira argumentação, restou esvaziada quando se constatou que o Supremo Tribunal Federal há muito vinha deferindo extradições para países com previsão de penas de prisão perpétua. Isto por considerar que a lei penal brasileira somente poderia atuar em âmbito interno, não cabendo qualquer interferência ou imposição no território soberano de outro Estado.

No que tange à segunda, foi preciso estabelecer uma diferenciação entre os conceitos de extradição, cujas condições se encontram na Lei n.º 6.815/80, e entrega, prevista pelo art. 89 do Estatuto.

Com efeito, em um primeiro momento a entrega de um nacional para ser julgado por uma Corte estrangeira fazia transparecer a idéia de perda da soberania. Entretanto, chegou-se à conclusão de que, como membro do Tribunal Penal Internacional, uma organização imparcial e que busca o bem-estar mundial, o Brasil não estaria entregando um nacional para outro Estado julgar. Pelo contrário, de alguma forma ele também faria parte daquele julgamento.

Destarte, apesar dos alegados óbices constitucionais, há de se notar que a própria Carta Magna dispôs, no art. 7º dos atos das disposições constitucionais transitórias,²⁸ que o Brasil colaboraria na formação de um tribunal internacional de direitos humanos. Logo, não há razão para a mera ostentação de dificuldades para a implementação do Tribunal. É preciso admitir o avanço que a sua criação significou para o cenário mundial e, posteriormente, com razoabilidade, buscar aperfeiçoá-lo.

De toda maneira, como estabelecido no Estatuto de Roma, o Tribunal assume uma posição subsidiária em relação às jurisdições nacionais, no que se convencionou chamar de princípio da complementaridade. Significa que a Corte apenas apreciará um caso quando o Estado

²⁸ BRASIL, Constituição Federal (1988). Art. 7º: "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

competente para tanto não o fizer ou, de outro modo, realizar uma espécie de julgamento aparente, visando garantir a impunidade e afastar a análise pelo Tribunal.²⁹ Em assim sendo, não há qualquer atentado à soberania, nem se apresenta necessidade de modificação da Constituição da República.

Situação diversa é a que diz respeito aos Tribunais *ad hoc*, dos quais, como já dito, o Brasil participou da criação, cujos Estatutos dispõem expressamente sua prevalência sobre as jurisdições nacionais,³⁰ avocando para si a competência para julgar determinado caso, esteja

²⁹ Art. 17 - 1. tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) o caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) a pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere à denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

³⁰ Estatuto para o Tribunal Penal da ex-Iugoslávia: Art. 9 - 1. *The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991.* 2. *The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.* Estatuto para o Tribunal Penal de Ruanda Art. 9º - 1. *Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Rwanda.*

2. *Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Rwanda solamente si:* I. a) *El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario;* II. b) *La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.*

ele ainda em fase de investigação por algum Estado, ou mesmo já tendo se iniciado a fase processual.

Frise-se, contudo, que tanto os Tribunais *ad hoc* quanto o Tribunal Penal Internacional respeitam o princípio do *ne bis in idem*.³¹ A diferença é que, enquanto o TPI se abstém de realizar novo julgamento de um fato já apreciado pela jurisdição nacional, os Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia apenas não admitem novo julgamento pelo

³¹ Estatuto de Roma: Art. 19 - (...) 2. Poderão impugnar a admissibilidade do caso, por um dos motivos referidos no artigo 17, ou impugnar a jurisdição do Tribunal: I. a) O acusado ou a pessoa contra a qual tenha sido emitido um mandado ou ordem de detenção ou de comparecimento, nos termos do art. 58; II. b) Um Estado que detenha o poder de jurisdição sobre um caso, pelo fato de o estar investigando ou julgando, ou por já o ter feito antes; ou III. c) Um Estado cuja aceitação da competência do Tribunal seja exigida, de acordo com o artigo 12. Estatuto do Tribunal Penal Para a ex-Iugoslávia: Art. 10 - 1. *No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal. 2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if: I.(a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or II.(b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted. 3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served.* Estatuto do Tribunal Penal de Ruanda: Art. 9 - 1. *Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Rwanda. 2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Rwanda solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria. 3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional para Rwanda tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida.*

mesmo fato quando tiverem sido eles a julgar. Do contrário, se o indivíduo tiver sido submetido a uma Corte nacional, poderá ser posteriormente julgado por um dos Tribunais *ad hoc* competente, ressaltando-se apenas uma compensação entre as penas eventualmente impostas.

6. Ne bis in idem no âmbito da “concorrência inter (supra)nacional horizontal”

No que se refere a possíveis conflitos de competência entre tribunais supranacionais, dependeriam diretamente do surgimento de novas cortes internacionais, em especial, *ad hoc*, que poderiam gerar problema como Tribunal Penal Internacional Permanente. Da mesma maneira, se surgirem jurisdições penais regionais, sejam elas continentais ou não, que possam entrar em choque com a jurisdição criada pela Conferência de Roma de 1998.

Essas hipóteses, ainda que possíveis, ainda não geram problemas na América do Sul e, especialmente, no Brasil, dada a inexistência de demais Cortes Internacionais das quais o Estado brasileiro tome parte.

De toda sorte, as soluções a esses conflitos devem seguir a mesma lógica utilizada em casos de concorrência horizontal entre jurisdições nacionais.

7. Questões finais

O Brasil, por suas características culturais, geográficas e históricas, sempre deu pouca importância a questões internacionais. Visto que é um país de origem portuguesa, entre o Oceano Atlântico e os demais Estados sul-americanos, em sua maioria de origem espanhola. Por essas razões, o direito internacional, de alguma maneira, sempre esteve relegado a segundo plano. Ainda hoje, por exemplo, pouquíssimas são as Faculdades de Direito que se dedicam ao estudo do direito penal internacional.

A questão do *ne bis in idem*, como de resto, o direito penal internacional, não tem despertado a devida atenção na comunidade acadêmica e nem nos meios oficiais.

Essa perspectiva, ainda que timidamente, tem sido modificado, em especial, a partir da década de 90, com a crescente globalização e a maior inserção nas relações internacionais. Ao lado disso, a criminalidade transnacional, com especial interesse para os tráficos de pessoas, de armas e de drogas, bem como no que se refere à criminalidade econômica, tem criado um ambiente propício a um estudo mais aprofundado da matéria.

Ao lado disso, a recente adesão ao Tribunal Penal Internacional e a eleição da brasileira Sylvia Steiner para ser juíza da mencionada corte internacional, por certo, servem para incremento da importância dessas questões.

Parece claro, todavia, que o aperfeiçoamento das regras de cooperação penal internacional, bem como a criação de um sistema coordenado internacional, os caminhos inevitáveis para o estabelecimento de uma relação mais adequada e eficiente entre os Estados.

ANEXO

JURISDIÇÃO CRIMINAL CONCORRENTE NACIONAL E O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

Os participantes da Seção IV do XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, que ocorreu em Beijing/China, de 12 a 19 de setembro de 2004.

Reconhecendo que a proibição da dupla incriminação, como expressada pelo princípio *ne bis in idem*, é uma demanda por justiça, certeza jurídica, proporcionalidade, assim como de autoridade das decisões da Corte.

Reiterando a resolução da Seção IV B.4, adotada pelo XVI Congresso Internacional de Direito Penal (1999), segundo a qual o *ne bis in idem* como direito do homem deve “sempre aplicável nos níveis nacional e internacional”.

Tendo em vista que a aplicação do *ne bis in idem* não deve impedir legítimos interesses da vítima.

Reiterando que o princípio do *ne bis in idem* aparece em nível interno como uma exigência de justiça individual e uma garantia do cidadão proibindo múltiplas persecuções e sanções a um mesmo indivíduo com base substancialmente nos mesmos fatos.

Tendo em vista que em uma era de globalização, devido ao incremento de crimes transfronteiriços e a extensão da jurisdição extraterritorial, persecuções subseqüentes e concomitantes por diferentes jurisdições nacionais ocorrem freqüentemente.

Considerando que o estabelecimento de Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* e recentemente de uma Corte Penal Internacional permanente leva a novas fontes de problemas sobre dupla incriminação na concorrência vertical entre jurisdição nacional e internacional, assim como na concorrência horizontal entre diferentes jurisdições internacionais.

Adotaram as seguintes Resoluções:

I. PRINCÍPIOS GERAIS – REQUERIMENTOS EM NÍVEL INTERNO

1. *Ne bis in idem* transnacional pressupõe proibição interna de dupla persecução. Para conseguir reconhecimento transnacional do *ne bis in idem* é necessário resguardar esse direito do homem dentro da ordem jurídica interna através de previsões expressas.

2. De qualquer forma, duplas persecuções e sanções de natureza criminal devem ser evitadas.

Levando em consideração que as sanções criminais podem não ser o único meio de punir violações a lei, deve ser considerado que perseguições não criminais e decisões com mesmo efeito punitivo fundamentam uma nova perseguição.

3. O *idem*, em termos de objeto do procedimento da concorrência, deve ser identificado como substancialmente os mesmos fatos, considerando que a primeira corte ou autoridade teve a competência legal para examinar e decidir todos os aspectos penais deles.

4. O *bis*, em termos de dupla incriminação a ser evitada, não deve referir-se a nova sanção; deve também referir-se a nova perseguição.

5. Como uma regra geral, qualquer julgamento final realizado por uma corte criminal condenando ou absolvendo o defendente, ou definitivamente finalizando procedimentos que digam respeito substancialmente aos mesmos fatos, deve impedir uma nova perseguição.

5.1. Levando em consideração diferenças nas legislações nacionais, e que o término definitivo da perseguição pode ocorrer através de acordos negociados extrajudicialmente ou de decisões administrativas ou judiciais, somente em situações excepcionais deveria permitir-se a continuidade, suspensão ou reabertura do caso.

5.2. Não existe decisão definitiva que impeça um novo processo quando são possíveis recursos (como a apelação), tanto a favor como contra o acusado, em especial levando em consideração o fato de que jurisdicionalmente não se pode considerar um caso como *res judicata* antes de estarem esgotadas todas as vias recursais.

5.3. Após o estágio acima mencionado, a re-discussão de um caso já considerado coisa julgada e, portanto, uma exceção ao *ne bis in idem*, pode ser permitida somente em hipóteses excepcionais e

expressamente reguladas pela lei. Tal re-discussão pode ser justificada em favor do defendente e/ou no interesse da justiça.

6. As demandas do *ne bis in idem* são melhor atendidas com o princípio do reconhecimento segundo o qual a proibição e inadmissibilidade de subseqüentes persecuções e condenações deveriam ser o principal objetivo em nível interno.

7. Caso não se alcance tal status a esse reconhecimento, os Estados devem adotar outras medidas apropriadas para prevenir duplas persecuções e duplas sanções.

8. Um novo procedimento pelo qual, excepcionalmente admitido, deve, de acordo com o princípio de imputação ou de dedução, levando em conta a sanção anterior ou deve ao menos garantir a adequada atenuação.

II. *NE BIS IN IDEM* TRANSNACIONAL HORIZONTAL

1. De modo crescente, a concorrência de jurisdições criminais nacionais:

- cria um risco de múltiplas persecuções com base nos mesmos fatos;
- pode ser prejudicial para os direitos humanos do defendente;
- pode resultar na não identificação completa de crimes transnacionais;
- pode ter um impacto negativo sobre a soberania dos Estados envolvidos e de interesses legítimos.

1.1. É assim necessário desenvolver mecanismos preventivos para evitar problemas decorrentes da concorrência de jurisdições nacionais. Caso isso não seja possível, podem surgir problemas de conflitos de jurisdição, que devem ser resolvidos aplicando e

desenvolvendo dispositivos legais internacionais sobre cooperação em matéria criminal, com o objetivo final de estabelecer um documento internacional sobre jurisdições concorrentes.

1.2. Nesse contexto, o reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* em diversos instrumentos internacionais, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e vários outros instrumentos sobre direitos humanos e direito internacional humanitário merecem apreciação, bem como a resolução da Seção IV B.4, adotada pelo XVI Congresso Internacional de Direito Penal (1999), de acordo com o qual *ne bis in idem* como um direito humano deve ser “aplicável em níveis internacional ou transnacional.”

1.3. Considerando o número de convenções que incluem cláusulas sobre *ne bis in idem*, que ainda não foram assinadas ou ratificadas por todos os Estados, todos os países em condição de fazê-lo devem ser encorajados a tanto, ou para rever suas políticas, adotando o princípio na legislação nacional, atendendo tanto quanto possível a um padrão comum de aplicação desse princípio. Nesse contexto, seria desejável que os Estados limitassem ou retirassem as suas reservas feitas nesses documentos internacionais.

1.4. Com respeito a esses esforços, todavia, uma regulação internacional do *ne bis in idem* deveria ir além, e pelo menos em determinadas áreas regionais, cujos Estados tenham a mesma estrutura sócio-política e cultura jurídica, tanto quanto possível devem buscar reconhecimento mútuo de julgamentos e decisões penais, assegurando a aplicação uniforme do *ne bis in idem* transnacional.

2. Entretanto, sendo certo que os requisitos para o *ne bis in idem* transnacional são basicamente os mesmos do nível nacional-interno (como descrito *supra* I), certas peculiaridades devem ser observadas.

2.1. O *idem*, quer dizer, esse “mesmo fato” objetos dos procedimentos relacionados, deveria identificar-se, em princípio, com os fatos estabelecidos no processo precedente, em particular, pela acusação e/ou decisão final, tal e como resultem reguladas pelo direito aplicável. Esta perspectiva fática proporciona um critério muito mais objetivo e claro que o da equivalência jurídica, que se vê muito afetado pelas diferenças entre as respectivas disposições penais nacionais e as regras do concurso de crimes.

2.2. Se, de acordo com o direito aplicável conforme referido no ponto II.3, os mesmos fatos constituem infrações graves adicionais, não puníveis e, portanto, não consideradas no primeiro processo, somente deveria admitir-se um novo processo se a primeira sentença, na medida em que já tenha sido executada no todo ou em parte seja levada em conta de acordo com o princípio da dedução.

3. Com respeito à natureza dos processos e sistemas de sanções concorrentes, as diferenças nacionais não devem permitir por si mesmas um novo processo, salvo por razões de estrita territorialidade ou se o primeiro processo não cobrir interesses legítimos de segurança do outro Estado, ou o ato tenha sido cometido por um funcionário público com infração de seus deveres oficiais.

4. A questão de se o caso foi concluído de maneira definitiva deve se resolver, em princípio, a luz da primeira decisão.

5. Se o acusado tiver sido condenado na primeira jurisdição e a execução da pena for uma condição para a aplicação do *ne bis in idem*, a prévia execução da sentença definitiva não deve ser exigida se a sentença emitida pelo primeiro Estado puder ser reconhecida e executada no segundo Estado, assim como se o condenado não puder ser considerado responsável da não execução da primeira sentença.

6. Para evitar procedimentos nacionais concorrentes, subseqüentes ou concomitantes, assim como para prevenir a prática do *fórum shopping* pelas autoridades da acusação ou pela defesa, tanto medidas internas quanto acordos internacionais devem ser adotados estabelecendo determinadas prioridades.

6.1. Sempre que existam indicações relevantes de um processo estrangeiro anterior ou concomitante sobre os mesmos fatos, um exame *ex officio* deve ser realizado bem como um intercâmbio de informações.

6.2. Se uma investigação estiver por começar ou já tenha começado em outra jurisdição estrangeira, deve ser dada preferência para a jurisdição que melhor servir ao propósito da adequada administração da justiça, nos termos de procedimentos justos e eficientes. Em se encontrando a solução, deve ser levado em conta o seguinte critério:

- (a) O território no qual o crime foi cometido;
- (b) O Estado do qual o autor nacional ou residente;
- (c) O Estado de origem da vítima;
- (d) O Estado no qual o autor foi preso;
- (e) O Estado no qual as provas (incriminadora ou absolutória), incluindo testemunhais, sejam mais facilmente obtidas.

Antes que o foro seja definitivamente escolhido, o acusado deve ter também direito de ser ouvido nesta escolha.

6.3. Se o conflito de jurisdições não puder ser resolvido, em particular devido ao fato de que o caso já tenha chegado a um estágio avançado, o que dificultaria a transferência de processo, a prévia sentença estrangeira deveria ser levada em conta para a aplicação do princípio da imputação.

7. Para evitar abusos, o princípio do *ne bis in idem* não deve ser aplicado se o primeiro processo teve por objetivo subtrair a pessoa acusada de responsabilidade penal ou não se desenvolveu de maneira independente,

imparcial e justa, de acordo com as regras do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, ou foi conduzido de uma maneira que, por suas circunstâncias, era incompatível de levar a pessoa à justiça.

Neste ponto, dever-se-ia sempre assegurar acesso a uma autoridade internacional ou supranacional imparcial.

8. O princípio do *ne bis in idem* deve ser reconhecido como um direito humano no campo da cooperação internacional em matéria criminal.

9. Acordos internacionais devem abordar problemas do *ne bis in idem*, com respeito à perseguição de pessoas físicas e jurídicas pelo mesmo fato. Acordos internacionais devem também tratar dos efeitos indiretos ou secundários dos julgamentos internacionais.

III. CONCORRÊNCIA NACIONAL-SUPRANACIONAL VERTICAL

1. A questão da aplicabilidade do *ne bis in idem* na concorrência internacional vertical, *i.e.*, entre cortes nacionais e internacionais, necessita, em alguns aspectos, regulação específica.

2. Nenhuma pessoa deve ser processada perante uma corte nacional por atos que constituam violações graves do direito internacional de acordo com o Estatuto de um tribunal internacional pelo qual já tenha sido julgada.

2.1. Devido à especialização da jurisdição dos tribunais internacionais, "*downwards*"³² o *idem* deve ser determinado tendo por base os mesmos fatos, assim considerados tanto a qualificação jurídica da conduta do acusado perante o nível interno, como crime comum,

³² Expressão cuja tradução significa "de cima para baixo", o que, aliás, é também utilizado na tradução espanhola (*de arriba abajo*), e se relaciona com a idéia da concorrência vertical, de um tribunal internacional para uma corte nacional.

quanto a qualificação como grave violação do direito internacional humanitário, pela qual o acusado já foi condenado ou, por outras razões decorrentes da jurisdição do tribunal internacional, absolvido.

2.2. Sentenças já proferidas devem ser levadas em consideração.

3. "*Upwards*,"³³ a aplicação do *ne bis in idem* deve submeter-se ao princípio de que o especial caráter de graves violações do direito internacional humanitário deve receber total consideração e não deve ser desconsiderado como resultado dos procedimentos internos em que esse caráter não é devidamente reconhecido.

4. Jurisdições internas devem identificar os possíveis conflitos de *ne bis in idem* na competência internacional vertical e resolvê-los de acordo com os princípios aprovados pela Resolução.

IV. COMPETÊNCIA HORIZONTAL INTER (SUPRA) NACIONAL

1. A regulamentação da competência horizontal entre jurisdições internacionais deve seguir as regras gerais, conforme estabelecido na Seção II.

2. Deveam ser estabelecidos procedimentos, especificamente com o objetivo de garantir a persecução por parte da jurisdição que melhor assegure uma adequada administração da justiça em termos de procedimentos justos e eficientes.

³³ Expressão cuja tradução significa "de baixo para cima", o que, aliás, é também utilizado na tradução espanhola (*de abajo arriba*), e se relaciona com a idéia da concorrência vertical, de um tribunal internacional para uma corte nacional.

Referências:

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL. XV *Congres International de Droit Penal, Budapest 5-11 Septembre 1999, Actes du Congres*. Budapest: MTA, 2000.

BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; STEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, 2003.

BRASIL. Constituição Federal (1988).

BRASIL. Código de Processo Penal.

BRASIL. Código Penal.

DE LA CUESTA, José Luis. *Competências criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio del ne bis in idem: relación general*. *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 73.º ano 3.º e 4.º trimestre, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; BARBOSA DE SÁ, Ana Luiza. *Competências criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio del ne bis in idem*. *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 73.º ano, 3.º e 4.º trimestre, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n.º 64.158/MG, 1ª Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer, julgado em 07.11.1986, RTJ 120.